

POR

EL LIVRADO MAteo Sanchez, y Hernã Garcia su hijo.

EN EL PLEYTO

Con Christoual de Vilches, y doña Catalina de Moros su muger, vezinos de la ciudad de Malaga.

En Granada, por Bartolome de Lorençana, a la esquina de la calle del Pan, junto a la Real Châcilleria.

Año de 1627.



L hecho deste pleyto es cierto, y assi no me detendre enproponer le, porque lo es, que Geronimo Sanchez, instituydor de la memoria de quinze ducados en el Conuento de san Francisco de la dicha ciudad, tenia por bienes propios las casas grandes que defiende la parte contraria, y tã bien las pequeñas, que esta parte trata de que se le liberten, y auiendo sido heredera de Geronimo Sanchez Catalina Rodriguez su muger, esta mandò y diuidio las dos casas pequeñas de las grandes (porque tambien aunque huuiessen estado juntas y vnidas, no es de essencia) a Geronimo de la Paz; desto no se puede dudar, particularmente aora en esta instancia de reuista q̃ las aya auido esta parte, y las casas grandes, q̃ de heredero en heredero ayã venido a doña Catalina de Moros, muger de Christoual de Vilches, tampoco se duda: y tambien es cierto, q̃ estas casas principales las mandò Catalina Rodriguez, con cargo de la memoria, y aunque esta manda se hiziesse caduca, por lo menos consta, que el legado de Geronimo de la Paz fue sin carga de la dicha memoria, y que las casas principales que se mandaron a Isabel de Flores, sobrina de la testadora, con cargo de los quinze ducados, aunque muriesse viua ella; en estas casas principales sucedio doña Catalina de Moros parte contraria, y assi como heredera auia de suceder conforme a la voluntad y disposiciõ de la testadora.

Esto presupuesto, tendra dos partes la defensa de Mateo Sanchez. Vna, que conforme a de-

recho

recho el heredero está obligado a libertar la cosa legada al legatario. Otra, que la sentencia de remate, aunque no se huuiesse apelado, ella no pudo causar cosa juzgada, como en juyzio en q̃ no ay pleno, ni perfeto conocimiento de causa.

PARS PRIMA.

VLpianus I.C. lib. 33. ad Sabinum, in l. si res obligata 57. in pandectis Florentinis, & 60. in vulgatis, ff. de legat. 1. sic dicit. *Si res obligata per fideicommissum fuerit relicta, siquidem scit eam testator obligatam ab hærede luenda est, nisi animo alio fuerit, si ne sciat à fideicommissario, nisi si vel hanc, vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligatam, vel potest aliquid esse superfluũ ex soluto ære alieno, quod si testator eo animo fuit, vt quamquam liberandorum prædiorum, onus ad hæredes suos pertinere noluerit, non tamen apertè vtique de his liberandis, senserit poterit fideicommissarius per doli exceptionem à creditoribus, qui hyppothecaria secum agerent consequi, vt actiones sibi exhiberentur*: probat text. in l. mæuius 68. §. fundo legato, de legat. 2. l. licét, de dote prælegata, l. prædia, C. de fideicommis. l. Regia 11. tit. 9. parti. 6. en aquellas palabras. *Manda faziendo el testador de alguna cosa suya, que sabia que era empeñada, o obligada a otro por menos de lo que valiesse, tenudo es el heredero de la quitar de los bienes del finado, e darla a quien fue mandada.*

Ex his iuribus aperté deducitur hæredem, hoc casu teneri luere rem obligatam, quam testator legauit scienter, vt sic Gregorius, d. l. 11. glos. 1. & latissimè, referendo Ioannem Garciã, Padillam, & alios meus conciuis Hieronym. de Ceuall. tom. 2. q. 747. Gracianus, tom. 2. c. 237. n. 16. Antonius Faber, lib. 11. coniecturarũ, c. 10.

vbi

vbi dicit. *Textum in d.l. ſi res obligata legendum eſſe voluerit pro illo noluerit.* Hugo Donelus, lib. 8. cõmentariorum iuris, cap. 19. verſ. His caſibus. & Oſualdus Iligerus, in notis, litera Q. & R. qui eãdem lecturam Antonii Fabri ſequuntur.

Que en nueſtro caſo ſupieſſe el teſtador, que las caſas pequeñas que eſta parte defiende eſtuuieſſen obligadas a la memoria, quando digamos que ſea cierto, tiene vna diferencia mas eſta diſpoſicion, que la de los caſos de la dicha l. ſi res obligata, y mas ponderadas, y es, que no ſolo la teſtadora mandò a Geronimo de la Paz eſtas caſas, ſabiendo la dicha obligació de la memoria: *Sino que mandando las caſas principales, las mandò expreſſamente con cargo deſta memoria de quinze ducados*; que es expreſſaméte la miſma teſtadora auer de ſuyo redimido, y obligado al heredero que ſucedio en las caſas principales al cargo de toda la memoria, ſin eſperar a que ſu legatario tuuieſſe deſpues neceſsidad de litigar con el heredero ſobre eſta luicion: pues ſi eſto es voluntad clara de la teſtadora, claro eſtà que eſtà obligado a obſeruarla, y no contradezirla el heredero, l. ſi quis ad quem 37. de conditionibus & demonſtrationibus, l. in conditionibus primum locum de cõditionibus inſtitutionũ, y quien pretendiere lo contrario no deue ſer oydo, l. illis libertis, de conditionibus & demonſtrationibus, ibi: *Contra voluntatem defuncti petens audiri non oportet*, l. ſi quis pecuniã, ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti, D. Molina, lib. 1. c. 3. nu. 7. & lib. 3. c. 1. ex n. 1. cum ſeqq.

Siendo eſto aſsi, poca neceſsidad ay de diſputarſe, ſi el heredero cõforme al primero caſo de la l. ſi res obligata, eſtarà obligado a libertar la coſa legada, quando tiene de carga otro tanto como lo que vale, en el qual caſo parece que nõ

viene

viene el testador a mandar nada: *quia tunc videtur rem alienam ignoranter legatam esse, & sic legatũ non valet*, vt in l. cum rem alienam, C. delegatis, §. non solet, instituta eodem tit. l. 10. tit. 9. parti. 6. Ceuall. d. q. 747. n. 5. & 6. y aun en este caso el mismo Ceuallos en el n. 18. reprouando a Padilla, dize, que su opinion es contra la comun, & contra l. 11. tit. 9. parti. 6. y que la l. cum rem alienam, C. delegatis, no se pueda entender en nuestro caso, quando el legado fuera de cosa agena, no de cosa obligada, aunque el testador huuiera ygnorado que era ageno lo que mãdaua, si al tiempo de la manda, la misma cosa agena la posseia el testador, est doctrina Bart. in l. cum pater, §. euictis, n. 3. ff. de legat. 2. Mantic. de coniect. lib. 9. tit. 9. n. 4. Fontan. tom. 2. claus. 6. gl. 3. p. 6. á num. 39. & num. 48. sic dicit. *Vbi pulcherrime, & eleganter dicit in isto casu, quando tota res possidetur à testatore non procedere, l. cum alienam supra al legatam, sedquando ab extraneo*. Y en esto no se puede dudar, que si el testador sabe, que la cosa que manda es agena, que el heredero estara obligado a la estimaciõ della, y que valdra el legado, text. in §. non solum, in vers. Quod diximus. institutta delegatis, l. vnum ex familia, §. si rem tuã, de legat. 2. Antonius Gomez, tom. c. 12. ex n. 13. Viuius, decis. 417. lib. 3. Menoch. lib. 4. præsumpt. 116. Marescoto, variar. resolut. lib. 2. cap. 105. n. 7. Gaspar Antoni. Tessaur. q. 55. n. 11. lib. 1. Fontanel. d. claus. 6. glos. 3. p. 6. n. 37. Carol. de Gras. in tract. de effectibus amicitiæ, adest post tractatum de effectibus Clericatus, nu. 210. fol. mihi 37.

15. Es pues la dificultad, saber, si quando la cosa legade está cargada con otro tanto valor, si esta carga no es perpetua: *An hæres teneatur luere, vel legatarius:* Y aunque Padilla referido por Zaua

llos,in l.prædia,C. de fideicommiſ. hablãdo en cenſos y obligaciones anales,tuuo,que el heredero no eſtaria obligado,ſino que era carga del legatario: *Quia annuus cenſus eſt,veluti quædam ſeruitus prædio inſita.* Eſta opinion por diſtincion de Antonio Gomez,ſe limita,quando la carga del cenſo no es perpetua,ſino redimible,porque en eſte caſo el heredero eſtara obligado a hazer eſta redencion,y libertar la coſa legada al legatario: & ita intelligit meus Hieronymus Zauallos vbi ſupra,num.23.ibi: *Cuius opinio veriſsima eſt in cenſu perpetuo emphytheutico,quia illa penſio cum perpetuo,& quotannis abſque ſpeluitionis ſoluatur,dicitur quædam ſeruitus perpetua,vt in l.63.tit.5.parti. 5.& ſic cum prædicta penſio redimi non poſsit, abſque facto, & voluntate creditoris ex ſua primordiali natura, ſequitur,quod cenſetur legata,talis res cenſui obnoxia cũ prædicto onere,cuius ſolutio non debet expectare ad hæredem,ſed ad ipſius fundi poſſeſſorem.* Y mas abaxo dize, que ſi eſta opinion ſe quiere entender en el cenſo redimible,y carga no pueſta perpetuamente a la coſa,que ſerá falſa,y no juridica opinion,vt d.q.747.n.24.& 25.illic: *Si illam opinionem velis intelligere de cenſu redimibili, vulgo al quitar,profecto falſa erit prædicta ſententia,quia ſi legetur domus,ſuper qua eſt cenſus redimibilis impoſitus ſolutio & redemptio illius cenſus pertinebit ad hæredes,non vero ad legatarium domus cenſui obnoxiæ,quia talis cenſus cum ſit redimibilis ad libitum debitoris,non poteſt dici ſeruitus cum de facili amoueri poſsit ex primordiali cenſus natura.* Luego en nueſtro caſo que ſobre las caſas pequeñas que defiende eſta parte, no ay conſtitucion de cenſo, ni emphiteuſi perpetua,no puede auer lugar el dezir, que ha de ſer carga del legatario el libertar las caſas de la memoria,y no del heredero.

No obſta el que la parte contraria podria de

zir,

zir, que por esta misma distincion pretende vẽcer, porque el aniuersario y memoria impuesta es perpetuo. Porque a esto se responde, que para que se diga impuesta carga a la cosa, es necessario que *ipsi rei onus iniungatur expresse*, vt tradit Alciat. cons. 3. n. 28. lib. 1. Valasc. 1. p. iuris emphitheutici, q. 32. n. 14. D. Couarr. lib. 3. variar. c. 7. n. 6. in fin. D. meus Perez de Lara, lib. 1. c. 8. à n. 20. Y esta expressiõ y carga indiuidual no la ay por la fundacion, sino que por el testamento, el que fundò la memoria, manda q̃ Catalina Rodriguez su muger, a quiẽ dexa por heredera, pague en su vida la memoria, y despues que lo pague la persona a quien dexare por heredero, y que quedẽ cargados los quinze ducados sobre las casas de su morada, que està claro estas son las principales, y el testador no haze la carga, sino que la remite a que la haga su muger: como suplico a v.m. y estos señores lo aduiertan, y està Catalina Rodriguez de la manera que cargò esta memoria, expressandola, y dexãdola en las casas principales, mandandolas con la carga total de toda la memoria; y las pequeñas libremente.

Lo otro, se responde, que la distincion de Zauallos en el caso de la question referida, es, quãdo se mandò al legatario la cosa obligada, sin auer expressado en otra parte del testamento, q̃ la obligacion que auia en la cosa legada, la dexaua, y ponia en otra cosa, y assi no se ha de entender, no diziendolo el testador, que de carga perpetua estè obligado el heredero: pero en nuestro caso que se litiga con quien es heredero, sin llegar a distincion, de si la carga es perpetua, o temporal, verbis standum est, l. 1. §. si quis nabẽ, vers. In re, ff. de exercitoria actione, ibi: *In re igitur dubia melius est verbis adicti inseruire*, vbi gl. verbo

bo, æ dicti, dicit: *Nota mirabile verbum indubio stādum esse verbis*, elegans l.5.tit.33.parti.7.cuius verba sunt. *Las palabras del fazedor del testamento deuē ser entendidas llanamente assi como ellas suenan, no se deue el juzgador partir del entendimiento dellas*, probat l.qui filiū, §.Pauius, ad Trebelianū, ibi: *Imperator autem noster motus, & equitate rei, & verbis testamenti*, authētico, de restitut. fideicōmis. §. nos igitur, ibi: *Subtilius testamentum considerantes vei bis ipsis inuenimus*. Tiberius Decian. cōs. 47.n.8. vol. 3. Augustinus Beroius, cōs.120.n.47.vol.2. Marçar.cons.8.n.6.ibi: *Certè si errandum sit in interpretanda voluntate defuncti, tutior erit error iudicis si inhæreat scripto*. Crauet.cons.831.n.15.& 16. Pereg. artic.11.n.33.& 34. Mantic. de coniect. lib.3. tit. 19.n.5.& 6. Y en propios terminos, sin fundarse con conjecturas, y mas fundamentos referidos, esta distincion que yo hago, de que no procede la distincion de carga perpetua, quando el testador expressamente quiere que el legatario lleue la cosa legada sin carga, aunque ella misma tenga carga Real perpetua, la colijo de lo que dize Esthephano Graciado, tom.2. discept. c. 237. nu. 22. ibi: *Imò etiam si testator sciret rem per eum possessā esse obligatam conditionibus extinctiuis per mortem suam, quia ius tantum personale habeat, aut ius Reale in alium transiturum, tamen si scienter illam rem legauit, videtur legasse, tanquam rem alienam, ita vt hæres teneatur ad illius præstationem, iuxta l. cum alienam, C. de legatis*. Y assi aunque cōfessemos, que en estas casas pequeñas auia carga Real desta memoria, no solo con expression de palabras, sino con conjecturas que aya, de que el testador aya querido mandar estas casas, como no se ha de restringir el legado a solo el valor que el testador tenia en la cosa que mandaua, minuydo el de la obligacion y carga Real, sino que el heredero ha

de

de estar obligado a dar esta cosa libre, o pagar el valor de la carga, vt in proprijs terminis cóclu dit Gratian. d.c. 237. n. 30. ibi: *Tamen si ex coniectu ris appareat voluntas testatoris, quod saltem debeatur æstimatio non restringeretur legatum, ad ius quod habet testator, sed esset præstanda res ipsa, vel æstimatio, Alexand. consi. 9. n. 11. & ibi, vbi admittit coniecturam illam, quando testator dixit velle sortiri effectũ, omniaq́ in testamento scripsit.* Surd. cons. 113. n. 20. vsque ad n. 24. lib. 1.

Pues si en duda se han de seguir las palabras en voluntad tã clara, menos se dudara el deuer se seguir, y por ellas la voluntad expressa de la testadora, que quiso señalar la carga de la memoria en las casas principales solas, como lo hizo.

Lo otro, el dezir que la manda en que D. Catalina de Moros hizo a Isabel de Flores su sobrina, con cargo de los quinze ducados desta memoria, se caducò, por auer muerto la dicha Isabel de Flores antes q̃ la testadora, no resiste (aũque sea cierto que muriesse, antes que no lo es) a que se conozca, y se tenga por llana la volũtad de la testadora de dexar la memoria designada toda sobre sus casas principales; porque si bien confessemos, que el legado se haga caduco, muriendo el legatario antes que el testador, esto obra efectos de impedir la transmision, y otros del derecho: pero la voluntad, aunque cõ aquella persona haga caduca la carga puesta a la casa por voluntad de la testadora no pudo caer en la pena de caducarse de la manera que en vn testamento nulo, si se descubre la voluntad, vale lo que por esta se alcança, probatur in authentica ex causa, C. de liberis præteritis, cuius hæc sunt verba. *Ex causa exhæredationis, vel præteritionis irritum est testamentum, cætera namque firma permanent.*

manent. Et ad hoc facit, quod distinguitur de testamento nullo ex defectu solemnitatis, vel ex defectu voluntatis, ad text. in l. si is qui testamétum, vbi omnes, ff. de testam. Aluar. Valasc. consultat. 74. n. 3. in fin. & n. 14.

Y la dicha carga que la pudiesse imponer la testadora sobre las dichas casas, no se duda que puestas sobre ella, auiendolas su heredero, aya de pagar la memoria, libertando y satisfaziendo a esta parte, no se puede dudar, por lo que està fundado; mayormente que respeto de que toda la memoria està cargada sobre las casas principales, el heredero ha de pagar la memoria, y a esta parte la estimacion de lo q̃ monta la carga que tiene, sin que pueda replicar, que si estas casas accessorias se obligaron tambien, no pueden salir de la hypoteca, porque esto se entéde ra, y deue, respeto del Conuento, no del heredero como cargado, particularmente de toda la memoria; y porque las casas las ha y lleua por la herencia, aunque el legado della se caducasse; y asi cierto es que el testador sabia esta carga, y que quiso dexar sin ella a las casas accessorias: con lo qual no es disputable, que el heredero la aya de pagar estimablemente, dexãdo sin ella por lo menos en quãto a la estimacion las dichas casas accessorias.

PARS SECVNDA.

MVY Breuemente procuraré concluyr porque es indubitable, que el conocimiento de la via executiua, no es pleno, y asi que lo juzgado en ella, aunq̃ sea por sentẽcia passada en autoridad de tal, no haze, ni da excepcion de cosa juzgada, ex l. 3. §.

si cau

ao ... El conocimiento de la causa ex... no es pleno ... obtinet autoritatem rei iudicatae

ſi cauſæ cognitio de carboniano ædicto, & alijs iuribus, probat Fachin. lib.10. controuerſ.c.80. ad l.1.C.de conditione indebiti: hablando en propios terminos de ſentencia de remate, Antonius Gomez, 2.tomo, variarũ, c.13.n. 16. quia vbi non plenè cognoſcitur, non datur exceptio. rei iudicatę, vt in vijs executiuis, Parlador.lib.2. c.fin.p.5.§.11.n.52.Cæſar Barcia, deciſ. 82. Barboſa, l.diuortium, 2.parte, §.fin.á nu.55.ff. ſoluto matrimonio.Iacob. Cancer.2.reſolut.c.16.n. 81. eleganter Stephan.Gratian.tom.3. diſcept. c.445.Monter.á Cueua, deciſ.23. vbique in vijs executiuis, non habet locum litispendentia, & ſic nec exceptio rei iudicatæ, idem Gratian. to 1.c.118.n.44. Hieronym. Zauall. tom. 3. commun.q.815.Marius Guiurua, deciſ.74.nu.10. & nu.13.& deciſ.100.nu.16. Con lo qual parece, q̃ ſe deue reuocar la ſentencia de viſta, y declarar en fauor deſta parte. Salua, &c.

El Licenciado don Iuan Perez de Lara.

6

ſi cauſa cognitio de carboniano adicto, & alijs iuribus, probat Tuſchin. lib. 10. concl. c. 86. ad l. 1. C. de conditione indebiti: hablando en propios terminos de ſentencia de remate, Antonius Gomez, 2. tomo, variarũ, c. 13. n. 16. quia vbi non plene cognoſcitur, non datur exceptio rei iudicatæ, vt in vijs executiuis, Paris ador. lib. 2. c. in p. c. 5. 11. n. 72. Cæſar Barçia, decis. 82. Baſbois, l. duo tutium, 2. parte, §. fin. à nu. 57. ff. ſoluto matrimonio. Iacob. Cancer. 2. reſolut. c. 16. n. 81. elegantes Stephan. Gratian. tom. 2. diſcept. c. 442. Monter. à Cuena, decis. 47. vbique in vijs executiuis non habet locum litiſpendentia, & ſic nec exceptio rei iudicatæ, idem Gratian. to. 1. c. [illegible] Hieronym. Zauall. tom. 3. communium [illegible] Marius Giurba, decis. 74. nu. 10. & nu. [illegible] decis. 100. n. 16. Con lo qual parece, q̃ ſe deue reuocar la ſentencia de viſta, y declarar en fauor deſta parte. Salua, &c.

El Licenciado don Iuan Perez de Lara.